

University of Groningen

Europees sein op groen voor het Nederlandse ziektekostenstelsel

Vonk, G.J.

Published in:

Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vonk, G. J. (2004). Europees sein op groen voor het Nederlandse ziektekostenstelsel. *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Europees sein op groen voor het nieuwe Nederlandse zorgverzekeringsstelsel

Prof. dr. Gijsbert Vonk¹

1. Inleiding

Al vanaf de jaren 80 worden er gestreefd naar een modernisering van het zorgstelsel. Eerdere plannen, bekend geworden onder de naam van hun architecten Dekker en Simons, zijn nooit verwezenlijkt. In plaats daarvan is sprake geweest van een veelheid van kleinere aanpassingen die verder hebben bijgedragen aan de versnippering van het stelsel.

In het jaar 2000 werd in de SER een akkoord bereikt over een nieuw ziektekostenstelsel.² De SER pleitte voor een algemene verzekering voor de curatieve zorg. Het voorstel sloot aan bij een reeds langer levende wens om meer concurrentie toe te staan tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars en meer in te spelen op de vraag van patiënten. Het tweede paarse kabinet nam de visie van de SER over maar opteerde voor een publiekrechtelijk verzekeringsmodel waarbij private uitvoerders zouden moeten worden betrokken.³ De kabinetten Balkenende I en II hadden een voorkeur voor een privaatrechtelijk verzekeringsmodel dat sterk onder invloed staat van de regulerende invloed van de overheid (acceptatieplicht, verzekeringsplicht, bemoeienis met het verzekeringspakket, prijsbeïnvloeding, een stelsel van solidariteits-overdrachten, etc.).

De voorstellen voor het nieuwe zorgverzekeringsstelsel zijn vanaf het begin af aan omgeven geweest door een waas van Europeesrechtelijke twijfels. In het bijzonder is onduidelijk of de gewenste publieke randvoorwaarden in overeenstemming zijn met het mededingingsrecht en de Europese schadeverzekeringsrichtlijnen. De afgelopen jaren zijn verschillende juristen van vaderlandse bodem aan het werk gezet om Europeesrechtelijke zorgadviezen te geven. De teneur van de adviezen was niet hoopgevend voor de ambitie om marktwerking in de zorg te introduceren met behoud van publieke waarborgen. De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) concludeerde in 2001 dat een helder Europees toetsingskader voor de voorgenomen herziening van het stelsel ontbreekt en pleitte voor voorzichtigheid.⁴ De landsadvocaat ging verder en stelde dat het voorgestelde particuliere verzekeringsmodel met publieke randvoorwaarden in strijd komt met de Europese richtlijnen voor het schadeverzekeringsbedrijf.⁵

¹ Gijsbert Vonk is bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit en hoofd van de afdeling Recht & Beleid van de Sociale verzekeringsbank.

² *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, SER 00/12.

³ Zie kabinetsnota *Vraag aan bod*, TK 2000-2001, 27 855, 1 en 2.

⁴ Advies inzake Europeesrechtelijke aspecten van een stelsel van ziektekostenverzekeringen, ICER, Den Haag, 3 april 2001.

⁵ D.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsting aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht, advies van de landsadvocaat, Den Haag, 4 december 2002.

Tegen de achtergrond van deze adviezen (en nog vele andere rapporten) is het opmerkelijk dat (ex-) Euro-Commissaris Bolkestein op vragen van VWS-Minister Hoogervorst eind vorig jaar per brief liet weten dat het stelsel in grote lijnen de toets van het Europese recht wel zal kunnen doorstaan.⁶ De brief van Bolkestein werd ontvangen als het verlossende woord van een Europese vader des vaderlands. Politiek staat het sein voor een privaatrechtelijk zorgverzekeringsstelsel nu op groen. Concrete voorstellen voor een zorgverzekeringswet zijn in de derde week van september aan de kamer aangeboden.⁷

Deze korte geschiedenis toont aan dat beleidsbeslissingen niet aan juristen moeten worden overgelaten maar aan politici. De laatsten moeten de risico's nemen, die eersten in kaart brengen. Toch is de brief van Bolkestein in mijn ogen meer dan uitsluitend een politiek document. De opinie van de Eurocommissaris reflecteert een trend in de jurisprudentie waaruit blijkt dat sociale doelstellingen een mitigerende invloed uitoefenen op de werking van vrije marktregulering. Deze trend kan op zijn beurt weer worden opgevat als meer erkenning van het feit dat de overheid ook buiten het strikte publieke domein sociale doelstellingen moet kunnen nastreven.

Het doel van deze bijdrage is om de hier gesignaleerde trend in de jurisprudentie zichtbaar te maken en deze te commentariëren. Na een korte beschrijving van het huidige en voorgestelde zorgverzekeringsstelsel (paragraaf 2), bespreek ik de relevante ontwikkelingen in het Europees recht, met referentie naar het vrije verkeer van goederen en diensten, het mededingingsrecht en de schadeverzekeringsrichtlijnen (paragraaf 3). Er zijn over deze problematiek inmiddels zo veel rapporten en adviezen verschenen⁸, dat ik mij permitteer mijn commentaar tot de allerbelangrijkste punten te beperken en de nadruk te leggen op de dynamiek in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Ik sluit het artikel af met algemeen een commentaar over de inpasbaarheid van hybride sociale stelsels in het Europees Gemeenschapsrecht. (paragraaf 4).

2. Het huidige en voorgestelde stelsel van zorgverzekeringen

Het huidige stelsel van ziektekostenverzekeringen vormt een versnipperd geheel. Op grond van de Algemene Wet Bijzondere ziektekosten (AWBZ) zijn alle Nederlandse ingezetenen verzekerd. Oorspronkelijk betrof deze verzekering alleen de zware geneeskundige risico's die particulier moeilijk te verzekeren zijn, zoals langdurige opname in een verpleeginrichting, maar het pakket is inmiddels aanzienlijk uitgebreid. De Ziekenfondswet (ZFW) geeft prestaties in aanvulling op de ABWZ. Het is in oorsprong een werknemersverzekering voor normale geneeskundige risico's voor

⁶ Brief van 25 november 2003 van Frits Bolkestein (Eurocommissaris) aan Hans Hoogervorst (Minister van VWS).

⁷ Daarbij zijn kritische opmerkingen van de Raad van State over het concurrerend vermogen van het nieuwe stelsel en –opnieuw– over de relatie met het Europese recht, robuust gepareerd of in de wind geslagen. Zie Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (zorgverzekeringswet), TK 2003-2004, 29 763.

⁸ Naast de hierboven vermelde adviezen en talloze andere publicaties verwijs ik in het bijzonder nog naar het uitgebreide rapport van J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief* (met voorwoord van A. Klink) uitgebracht door het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2003. Het rapport van Van de Gronden zal dit jaar bij Kluwer verschijnen als deel 74 van de serie Europese monografieën.

personen wier inkomen beneden een bepaald minimum ligt. Inmiddels is de werkingssfeer van de ZFW uitgebreid met bepaalde groepen ouderen en zelfstandigen. De prestaties op grond van de AWBZ en de ZFW worden verstrekt in natura (naturastelsel)

Voor personen die niet ZFW-verzekerd zijn (circa eenderde deel van de bevolking), geldt een stelsel van particuliere verzekering. Via de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (WTZ) wordt dit stelsel zwaar door de overheid gereguleerd. De wet geeft personen die deel uitmaken van een aantal wettelijk omschreven risicogroepen aanspraak op een standaardpolis. Ziektekostenverzekeraars zijn verplicht een dergelijke polis aan te bieden aan personen die daarom verzoeken. De premie wordt door de overheid vastgesteld en de kosten van de verzekerden worden tussen de verzekeringsmaatschappijen verevend. De prestaties worden verstrekt bij wijze van vergoeding (restitutiestelsel).

De uitvoering van de ZFW is in handen van de ziekenfondsen. Dit zijn privaatrechtelijke instellingen (onderlinge waarborgmaatschappijen). Ze kunnen inmiddels landelijk opereren en worden geacht met elkaar te concurreren. Ziekenfondsen zijn ook betrokken bij de uitvoering van de AWBZ, doch niet als monopolist zoals bij de ZFW het geval is. Bij de uitvoering van de AWBZ zijn ook particuliere ziektekostenverzekeraars betrokken. In de praktijk zijn de verschillende zorgverzekeraars sterk met elkaar verweven.

Met het nieuwe ziektekostenstelsel wil het kabinet komen tot één ziektekostenverzekering voor de gehele Nederlandse bevolking. Daarbij is het de bedoeling dat er een markt ontstaat waarin zorgverzekeraars onder gelijke condities kunnen concurreren. Dit zou er in de visie van het Kabinet toe kunnen leiden dat de overheid zijn huidige regulerende rol via planningswetgeving en tarievenvoorschriften, kan beperken. Dergelijke overheidsregulering, die vooral is ingegeven door het oogmerk van kostenbeheersing, zou niet langer noodzakelijk zijn als een markt wordt gecreëerd waarop verzekerden, verzekeraars en zorgaanbieders elkaar vrij kunnen ontmoeten. De verzekeraars krijgen in het nieuwe systeem de keuze om hun prestaties aan te bieden in natura of bij wijze van vergoeding.

Het introduceren van marktwerking in de zorg staat in het teken van de credo's "marktwerking", "keuzevrijheid" en "eigen verantwoordelijkheid".⁹ Maar hoe sterk hier ook de nadruk op wordt gelegd, er wordt tevens onderkend dat de overheid er op moet toezien dat het stelsel aan grondwettelijk verankerde sociale waarden blijft voldoen. Het wetsvoorstel refereert ook naar het nieuwe verzekeringsstelsel als een "sociale verzekering".¹⁰ Aldus wordt het nieuwe stelsel geflankeerd door een aantal dwingende verplichtingen en regels: deelnameplicht voor de verzekerden, acceptatieplicht voor de verzekeraars, bemoeienis met de vaststelling van het basispakket, verbod om bij de premiestelling te differentiëren naar leeftijd, geslacht, ziekterisico en andere aan de persoon gerelateerde risico's, verplichte risicoverevening tussen de verzekeraars, en

⁹ Zie in dit verband de terminologie die wordt gebezigd in de brief van de minister en de staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer over curatieve zorg, 12 maart 2004, TK 2003-2004, 23 619, nr. 21.

¹⁰ De officiële titel van het wetsvoorstel luidt: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (zorgverzekeringswet).

toezicht. Door deze verplichtingen heeft het nieuwe stelsel een sterk privaat-publiek karakter. Het is een *hybride*.

3. Het nieuwe ziektekostenstelsel in een verschuivend Europeesrechtelijk perspectief.

3.1 Algemeen

Op zich verzet het gemeenschapsrecht zich niet tegen de invoering van een hybride stelsel voor de ziektekostenverzekering. Dit vloeit voort uit de automie van de Lid-Staten op sociaalrechtelijke gebied. Hier staat tegenover dat een hybride systeem moeilijk inpasbaar is in gemeenschapsrechtelijke verplichtingen. Het Europese Gemeenschapsrecht gaat uit van een scherp dogmatisch onderscheid tussen het handelen van zuiver publiekrechtelijke lichamen in het kader van het algemeen belang en het handelen van private rechtspersonen in het kader van de vrije markt. Waar nationale stelsels dit onderscheid niet kennen en er tevens sprake is van bewuste integratie van sociale doelstellingen en het functioneren van de vrije markt zoals bij het nieuwe zorgverzekeringsstelsel het geval is, ontstaan er spanningen in het recht, veroorzaakt door definitieproblemen, wrijvingen tussen normen en onduidelijkheden.

De spanningen worden mede veroorzaakt doordat de vrije-marktregulering van de EG uitzonderingen kent voor algemeen-belangdoelstellingen, waaronder ook begrepen doelstellingen van sociale aard. Het vrije verkeersregime kent zijn verdragsexcepties en de *rule of reason*. Het mededingingsrecht kent de algemeen-belangexceptie van art. 86, lid 2. De voor het onderhavige onderwerp belangrijke derde schaderichtlijn¹¹, kent weer zijn eigen algemeen-belangexceptie voor ziektekostenstelsels die het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geheel of gedeeltelijk kunnen ontvangen (art. 54).

Allerlei uitzonderingen dus die in het recht hooguit worden begrensd door algemene noties zoals noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid, maar die uiteindelijk een grote mate van beoordelings- en beleidsvrijheid toestaan. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid.

Om duidelijkheid te verkrijgen over de toelaatbaarheidsgrenzen van overheidsbeperkingen zoeken juristen hun toevlucht tot letterlijke interpretaties van legislatieve teksten of minitieuze jurisprudentie-exegeses. Maar dergelijke exercities zijn zelden concludent. De casuïstiek is eindeloos divers en de jurisprudentie heeft niet zelden een grillig karakter. In een dergelijke situatie is het van belang om feeling te krijgen met het toetsingsperspectief dat wordt gehanteerd bij de excepties. Ofwel dit perspectief is nauw verbonden met de vrije-marktdoelstellingen van de hoofdregel, hetgeen leidt tot restrictieve interpretaties van de uitzonderingen, ofwel het toetsingsperspectief kent een zelfstandige waarde toe aan de sociale doelstellingen die in het kader van de excepties worden nagestreefd.¹² Welnu, het is mijn indruk dat er in de jurisprudentie van het Hof

¹¹ Richtlijn 92/49/EEG van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG, PB 228.

¹² Ingewijden in het onderwerp zullen dit onderscheid herkennen naar aanleiding van het debat over de restrictieve en ruime interpretatie van het hiervoor gememoreerde art. 54 van derde Schaderichtlijn. Voor een goed overzicht van deze discussie, zie J.W. van de Gronde, *a.w.*, 52-57.

van Justitie met betrekking tot het spanningsveld tussen markt en sociale doelstellingen geleidelijk een kentering heeft voltrokken waarbij de uitzonderingen thans minder restrictief worden geïnterpreteerd dan voorheen. In enkele gevallen blijkt dit expliciet uit de motivering van de arresten. Met name de *Brentjens*-rechtspraak is in dit verband van grote betekenis aangezien het Hof met nadruk verwijst naar de nieuw geformuleerde sociale doelstellingen van het EG-Verdrag stelsels met sociale doelstellingen te vrijwaren van mededingingsrechtelijke interventies.¹³ In veel andere gevallen is de trendbreuk niet zo direct zichtbaar, maar volgt deze veeleer uit de richting en teneur van de gezamenlijke jurisprudentie. Hieronder volgt een overzicht

3.2 *De problematiek van het vrij verkeer van goederen en diensten en grensoverschrijdende zorgaanpakken.*

In 1989 wees het EG Hof van Justitie de arrest *Kohll* en *Decker*¹⁴ Het ging in deze zaken om Luxemburgers aangesloten bij de Luxemburgse sociale zekerheid, aan wie terugbetaling werd geweigerd voor medische prestaties in een andere lidstaat door het ontbreken van voorafgaande toestemming (*Kohll*) of bij toestemming door ontbreken van een dringende behandeling (*Decker*). Het Hof oordeelde dat de vrijheid die de lidstaten hebben om hun socialezekerheidssysteem in te richten niet wegneemt dat de principes van vrij verkeer gerespecteerd dienen te worden. Het toestemmingsvereiste vooraf van de medische behandelingen in het buitenland werd afgewezen.

Op zich was al bekend dat het Hof het bieden en ontvangen van medische zorg beschouwde als een onderdeel van het vrij verkeersregime, maar dat dit als consequentie zou kunnen hebben dat burgers op kosten van hun verzekeraars zonder voorafgaande toestemming in het buitenland hun hulp konden gaan halen, werd door velen kennelijk niet voor mogelijk gehouden. De arresten hebben enorm veel stof doen opwaaien, zowel in de rechtsliteratuur als in de politiek. Er werd gevreesd voor medisch toerisme, ondermijning van de medische infrastructuur en het naturastelsel of zelfs het einde van het wettelijk stelsel van ziektekostenverzekeringen zelf. Uiteindelijk is deze vrees onterecht gebleken. De jurisprudentie ontwikkelde zich in een andere richting

In de zaak *Smits* en *Peerbooms*¹⁵ werd het Nederlandse naturastelsel op de meetlat van het vrij verkeer van diensten gelegd. Het betrof Nederlandse ziekenfondsverzekerden die een experimentele behandeling ondergingen in het buitenland. De vraag kwam aan de orde of een toestemmingsvereiste kon worden gehandhaafd voor deze intramurale behandelingen. Het Nederlandse ziekenfonds weigerde in beide gevallen de kosten te vergoeden omdat er geen medische noodzaak was de patiënten in het buitenland te behandelen en een adequate, onder beroepsgenoten gebruikelijke, behandeling in Nederland voorhanden was bij een door het ziekenfonds gecontracteerde zorgverstrekker. Het arrest leverde geen nieuwe vrij-verkeerssensatie op. De Advocaat-Generaal had geconcludeerd dat hulp in natura het element van vergoeding mist en derhalve niet als dienst in de zin van art. 50 EG kan worden aangemerkt. Het Hof wilde zo ver niet gaan.

¹³ HvJ 21 september 1999, C-115/97 tot C-117/97; HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany International BV*) en HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (*Drijvende bokken*), Jur. 1999, I-5751 en volgende.

¹⁴ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95, Jur. 1998, I-1831 en HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, Jur. 1998, I-1931.

¹⁵ HvJ 12 juli 2001, zaak C-157/99, Jur. 2001, I-5473.

Maar de uitkomst was niettemin zuinig. De toestemming mag worden geweigerd wanneer dezelfde behandeling, gemeten naar erkende internationale medische maatstaven kan worden uitgevoerd door een instelling waarmee een ziekenfonds heeft gecontracteerd.

De arresten *Müller-Fauré* en *Van Riet*¹⁶ gaven vervolgens nog een nadere uitwerking van deze problematiek. Müller-Fauré had tijdens een vakantie in Duitsland een tandheelkundige behandeling ondergaan, bestaande uit de plaatsing van kronen en een frame-prothese. Het ziekenfonds in Zwijndrecht had geweigerd de behandeling te vergoeden op de grond dat deze niet spoedeisend was. Van Riet had reeds lange tijd last van pijn in de rechterpols. Toestemming voor een behandeling in België, waar de behandeling sneller kon worden uitgevoerd dan in Nederland, werd geweigerd door het ziekenfonds, omdat de ingreep ook in Nederland zou kunnen worden uitgevoerd. In *Müller-Fauré* erkende het Hof dat indien patiënten zich in een andere dan hun lidstaat van inschrijving zouden mogen laten behandelen zonder daar voorafgaande toestemming voor te hebben, lidstaten niet langer een kwalitatief goede, evenwichtige en voor ieder toegankelijke intramurale zorgverlening, en dus een hoog niveau van gezondheidsbescherming, kunnen garanderen. Hiermee werd invulling gegeven aan de rechtvaardigingsgrond die reeds in de arresten *Kohll* en *Decker* geformuleerd was onder verwijzing naar de verdragsexceptie van het art. 46 EG. Tenzij er sprake is van wachtlijsten, mag bij behandelingen in niet-gecontracteerde buitenlandse ziekenhuizen voorafgaande toestemming worden gevraagd. Uit het arrest *Van Riet* volgde ten slotte dat het EG-recht zich wel weer verzet tegen het vereiste van voorafgaande toestemming indien het gaat om buitenlandse extramurale zorg. In dit geval mag vergoeding van kosten niet geweigerd worden bij de afwezigheid van een overeenkomst tussen ziekenfonds en buitenlandse zorgverlener, zelfs al kent de nationale wetgeving een regeling van verstrekkingen in natura.

Men kan van deze jurisprudentie van alles vinden, maar ze getuigt bepaald niet van een totale overwinning van de vrije marktwaarden bestaande uit het vrije goederen- en dienstenverkeer over de kwetsbare, nationaal georiënteerde zorgverzekeringsstelsels. De jurisprudentie getuigt evenmin van een restrictieve interpretatie van de verdragsexceptie ter zake van volksgezondheid. Integendeel deze exceptie wordt uiterst serieus genomen en op zijn eigen merites beoordeeld. De slotsom is dat in de jurisprudentie een genuanceerd evenwicht is gevonden tussen vrij-verkeersrechten van de patiënten en de integriteit van de nationale zorgstelsels.

3.3. *Sociale marktordening en mededingingsrecht*

De voorgestelde wettelijke verplichtingen, bestaande uit een verzekeringsplicht voor de bevolking, een acceptatieplicht voor de verzekeringsmaatschappijen, een verbod op premiedifferentiatie op grond van risicozwaarte en participatie in een risicovereveningsfonds, kunnen alle worden gepercipieerd als strijdig met bepaalde aspecten van het mededingingsrecht. Maar de vraag is hoe heet de soep van de mededingingsregels moet worden gegeten. Twee aspecten spelen hier in het bijzonder een rol. In de eerste plaats: aan welke criteria moeten de uitvoerders van het verzekeringsstelsel voor ziektekosten voldoen, willen ze worden aangemerkt als “ondernemer” in de zin van art. 81 EG? In de tweede plaats: gesteld dat deze uitvoerders

¹⁶ HvJ 13 mei 2003, zaak C-385/99, RSV 2003/152.

als “ondernemer” kunnen worden gekwalificeerd, in hoeverre kan het belang van de volksgezondheid en andere sociale doelstellingen als rechtvaardiging dienen voor de verplichte publieke randvoorwaarden in de zin van art. 86, lid 2 EG?

Aanvankelijk leek het er op dat het Hof van Justitie bij de beantwoording van bovenstaande vragen een strenge toets zou aanleggen. Uitsluitend klassieke sociale zekerheidsinstellingen die opereren in een zuiver wettelijke context vallen buiten het ondernemingsbegrip ex art. 81 EG. Op grond van het arrest *Poucet en Pistre*¹⁷ moet er – kort samengevat – sprake zijn van een wettelijke taakstelling in de sfeer van de sociale zekerheid waaraan sociale doelstellingen en solidariteitsaspecten ten grondslag liggen. Het arrest *Fédération Française*¹⁸ had daarbij aangetoond dat zo gauw kan worden gezegd dat instellingen activiteiten verrichten met een economisch en concurrerend karakter, de balans snel kan overslaan tot de conclusie dat sprake is van ondernemerschap. Het ging in deze zaak om het Franse stelsel van aanvullende ouderdomsverzekering voor boeren (zelfstandigen in de agrarische sector), dat als kenmerk had dat geen sprake was van verzekeringsplicht, maar van een mogelijkheid van facultatieve deelname. De beheerder van het stelsel, de Caisse Centrale, werd als ondernemer aangemerkt.

Naderhand is echter gebleken dat de vraag of sprake is van ondernemerschap niet doorslaggevend is voor de afbakening van de mededingingsrechtelijke invloedssfeer over sociale stelsels. Met name de *Brentjens*-rechtspraak is hier van belang gebleken¹⁹. Het ging in deze rechtspraak om de vraag in hoeverre de Nederlandse regulering van de op de CAO gebaseerde aanvullende pensioenen de mededingingsrechtelijke toets kon doorstaan. Het Hof bepaalde dat de Nederlandse pensioenfondsen als ondernemer ex art. 81 EG moesten worden aangemerkt, maar dit was voor de uitkomst van de zaken allerm minst doorslaggevend. In verband met de essentiële sociale functie van de pensioenregeling in Nederland kon de exceptie van art. 86, lid 2 worden ingeroepen. Dit had tot gevolg dat het mededingingsrecht er niet aan in de weg stond dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een pensioenregeling te beheren. Maar nog belangrijker was dat het Hof de pensioenregelingen zelf in bescherming nam door ervan uit te gaan dat collectieve arbeidsovereenkomsten buiten het bereik van het Europese mededingingsrecht vallen.

Brentjens bevat een systematische verwijzing naar de sociale doelstellingen die op verschillende plaatsen in het EG-verdrag zijn verwoord. Daarbij werd ook specifiek gewezen naar de uitbreiding van de sociale bevoegdheden van de Gemeenschap via het Sociaal Protocol van het Verdrag van Maastricht (thans via het Verdrag van Amsterdam geïncorporeerd in het EG-Verdrag zelf). Qua inhoud en compositie zijn het de meest robuuste arresten uit de geschiedenis van het Europees sociaal recht, sinds *Defrenne*. Het Hof plaatste sociale waarden doelgericht boven de marktwwaarden.²⁰ En als deze vorm van

¹⁷ HvJ 17 februari 1993, C-159/91 (*Poucet en Pistre*), Jur. 1993, I-637.

¹⁸ HvJ 16 november 1995, C-244/94 (*Fédération Française des Sociétés d'Assurance v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*), Jur. 1995, I-4013.

¹⁹ HvJ 21 september 1999, C-115/97 tot C-117/97 (*Brentjens*); HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany International BV*) en HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (*Drijvende bokken*), Jur. 1999, I-5751 en volgende.

²⁰ Zie met name overweging 51 van *Brentjens*: “Vervolgens dient te worden bedacht, dat volgens (...) artikel 3, lid 1, sub g en j, EG het optreden van de Gemeenschap *niet alleen* “een regime [omvat] waardoor

redeneren opgaat voor de CAO, waarom dan niet tevens voor allerlei andere stelsels waarmee sociale doelstellingen zijn gediend?

De jurisprudentie na *Brentjens* is inderdaad opvallend mild. In *Pavlov*²¹ werd de verplichting voor medisch specialisten om aan een Nederlandse pensioenregeling deel te nemen geoorloofd geacht. In *Van der Woude*²² had het Hof er geen moeite mee te accepteren dat een werknemer uitsluitend in aanmerking komt voor het werkgeversdeel van de ziektekostenverzekering, voor zover hij is aangesloten bij de CAO aangewezen ziektekostenverzekeraar. En in *Cisal*²³ stond het buiten kijf dat het Italiaanse Nationale Instituut voor Ongevallenverzekeringen een verplichte premie kon opleggen aan een bouwonderneming. Kortom al diegenen die hoopten om zich met een beroep op de vrije-marktregulering van de EG te kunnen onttrekken aan solidariteitsverplichtingen kwamen van een koude kermis thuis.

Intussen lijkt het er tevens op dat het Hof de criteria die bepalen wanneer een socialezekerheidsinstelling is een onderneming niet erg restrictief (meer?) wil toepassen. Uit het arrest *FENIN*²⁴ van het Gerecht in eerste aanleg, bleek dat de inkoopactiviteiten van de beheersorganen van het Spaanse nationale gezondheidsstelsel buiten het bereik van art. 81 vielen, aangezien deze instellingen wat betreft de verkoopactiviteiten een sociaal doel nastreven en aldus niet als onderneming zijn aan te werken. En als klap op de vuurpijl (of als totale anti-climax, al naar gelang hoe men ernaar wil kijken) heeft het Hof nu ook het *AOK*-arrest²⁵ gewezen. Geheel tegen de verwachtingen in en in afwijking van de conclusie van de Advocaat-Generaal zijn de Duitse ziekenfondsen niet als onderneming ex art. 81 aangemerkt, ook al leek het er toch op dat deze fondsen onderling concurreren en gezamenlijk met particuliere verzekeraars dingen naar de gunst van niet-wettelijk verplicht verzekerden. Maar het Hof zag het niet zo.

Wat levert deze jurisprudentie in totaliteit nu voor een beeld op over de relatie tussen de vrije markt en het mededingingsrecht en de sociale zekerheid? In ieder geval dat een aanvankelijk in de jurisprudentie gecreëerd perspectief, zich niet heeft doorgezet. In dit verband wil ik de lezer een passage niet onthouden uit een bijdrage die ik mede naar aanleiding van *Poucet en Pistre* en *Fédération Française* schreef in 1996:

“(…) een ding is wel duidelijk geworden: de private verzekeraars staan klaar om met behulp van het Hof van Justitie hun aandeel in de verzekeringsmarkt op te eisen. Wat dat betreft, mogen degenen die willen privatiseren, maar tegelijkertijd de condities naar hun eigen hand willen zetten, zich met deze voorwaarden en condities niet te snel rijk rekenen. Laten we niet vergeten op welke wijze het Hof korte metten heeft gemaakt met beschermende maatregelen voor het publieke mediabestel of, in dezelfde orde, met het

wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst”, *maar ook* “een beleid op sociaal gebied”. Artikel 2 EG-Verdrag (...) bepaalt immers, dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft “het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit” en van een “hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming” (mijn cursivering).

²¹ HvJ 12 september 2000, zaken C-180/98 tot en met C-184/98, Jur. 2000, I-6451.

²² HvJ 21 september 2000, zaak C-222/98, Jur. 2000, I-7111.

²³ HvJ 22 januari 2002, zaak C-218/00, Jur. 2002, I-717

²⁴ Gerecht in eerste aanleg, 4 maart 2003, zaak T-319/99, nog niet gepubliceerd. Tegen het arrest is hoger beroep aangetekend bij het Hof.

²⁵ HvJ 16 maart 2004, zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *SEW* 2004/39, met noot van J.W. van den de Gronden.

transfersysteem in de voetballerij. Wie eenmaal de keuze laat vallen voor de vrije markt, verwacht van het Hof van Justitie weinig genade”²⁶

Misschien dat deze passage de tijdsgeest van halverwege de jaren 90 goed weergeeft, maar met de wijsheid achteraf moet je de woorden afdoen als gezwollen taalgebruik van een onheilsprofeet. De verwachting (en de zorg!) dat het Hof een gemengde markt-overheid benadering op het gebied van de sociale zekerheid zou afwijzen, is gewoon niet uitgekomen.

3.3. *Zorgverzekeringen en de schadeverzekeringsrichtlijnen*

De bepalingen van de schaderichtlijnen kunnen in potentie evenveel afbreuk doen aan het voorgestelde nieuwe zorgverzekeringsstelsel als het mededingingsrecht. De schaderichtlijnen beogen gelijke concurrentievoorwaarden te creëren voor verzekeringsondernemingen en verzekerden te beschermen. Uitgangspunt is dat verzekeraars slechts de vergunning van één lidstaat nodig hebben. Dit is de lidstaat waar het hoofdkantoor is gevestigd. Deze lidstaat is tevens bij uitsluiting bevoegd tot het uitoefenen van toezicht. De realisering van dit uitgangspunt wordt mogelijk gemaakt door de nationale voorwaarden voor verzekeringsbedrijf te harmoniseren. De voorschriften hebben onder meer betrekking financiële bedrijfsvoering, aan te houden solvabiliteitsmarges en reservevorming. De gedachte is dat één vrije ruimte moet bestaan waar verschillende Europese verzekeraars op gelijke voet met elkaar moeten kunnen opereren. Dit systeem mag niet worden gefrustreerd doordat de lidstaten allerlei eigen aanvullende eisen stellen aan het verzekeringsbedrijf met betrekking tot zaken als het acceptatiebeleid van verzekeraars, de dekkingsomvang van polissen en de hoogte van de premies. Dit is dan ook niet toegestaan²⁷

In veel analyses is met name de derde schadeverzekeringsrichtlijn aangemerkt als hét struikelblok voor het nieuwe zorgverzekeringsstelsel. Dit wordt erdoor veroorzaakt er weinig bekend is over de reikwijdte en de mogelijke effecten van de excepties. Twee excepties zijn van belang. In de eerste plaats verwijst de derde schaderichtlijn terug naar de eerste schaderichtlijn waarin in art. 2, lid 2 is bepaald dat verzekeringen die zijn opgenomen in een wettelijk stelsel van sociale zekerheid van het toepassingsgebied zijn uitgesloten. In de tweede plaats bevat art. 54, lid 1 van de derde schaderichtlijn een specifieke algemeen-belangexceptie voor ziektekostenstelsels die het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geheel of gedeeltelijk kunnen ontvangen.

Er kunnen aanknopingspunten worden gevonden voor een restrictieve interpretatie van deze excepties. Deze zijn benadrukt door de landsadvocaat in zijn advies van december 2002.²⁸ Gewezen kan worden op het arrest van het Hof van 18 mei 2000, in de zaak *Commissie/België*²⁹. Deze infractieprocedure was door de Commissie ingesteld om te

²⁶ G.J. Vonk, ‘Nederlandse zekerheid binnen de grenzen van Europa’ in: *Met zekerheid naar de toekomst, sociale zekerheid in Nederland op de drempel van de 21-ste eeuw*, S. Klosse en J.J. Schippers (red.), Antwerpen, 1996, 119-135.

²⁷ Ontleend aan de de interpretatie van D.J. Drijber en G.R.J. de Groot, Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsting aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht, advies van de landsadvocaat, Den Haag, 4 december 2002, 12-23.

²⁸ Zie het in de vorige voetnoot gememoreerde advies.

²⁹ Zaak C-206/98, Jur. 2000, I-3509.

bereiken dat België de arbeidsongevallenverzekering zou betrekken bij de implementatie van de derde schaderichtlijn. De verzekering vormde uitdrukkelijk onderdeel van het reguliere Belgische socialezekerheidsstelsel doch werd uitgevoerd door particuliere verzekeraars. Het Hof kwam tot het oordeel dat het feit dat de verzekeraar de activiteiten "voor eigen risico" verrichtte er reeds toe leidde dat de desbetreffende verzekering onder de derde richtlijn viel.

Een ander aanknopingspunt voor een restrictieve interpretatie vormt de tekst van art. 54 derde schaderichtlijn die verwijst naar particuliere stelsels die een wettelijk stelsel kunnen vervangen. De exceptie was ingevoerd onder meer op verzoek van Nederland om de WTZ de hand boven het hoofd te houden. Dit stelsel opereert zij aan zij met de ZFW. Maar op het moment dat een lidstaat het wettelijk stelsel in zijn geheel vervangt door een geprivatiseerd stelsel, kan art. 54 dan nog wel worden ingeroepen? Volgens de landsadvocaat niet.

In vergelijking met het gedegen en sombere karakter van het advies van de landsadvocaat, getuigt de brief van Bolkestein van een sprankelende lichtvoetigheid. Dit is de essentie van de redenering.

“(…)

Because of the nature and social consequences of private health insurance contracts, which serve as a partial or complete alternative to the statutory social security regime, the Third Non-Life Insurance Directive allow a Member State to adopt specific legal provisions aimed at protecting the general good. To the extent that such requirements might restrict the freedom of establishment and the free provision of services, they must be objectively necessary and proportionate to the objective pursued.

In this context the objective of the Dutch Government is to guarantee health care as a basic social right. This means that all residents in the Netherlands should have access to health insurance, guaranteeing a basic package of essential care in return for an acceptable premium. To ensure this goal, the Dutch Government wishes to require that the proposed health insurance regime is based on the following principles:

- open enrolment,
- a basic minimum cover defined by the government and which must be provided by any health insurer,
- the right of insurers to set their own premium rates as long as there is no discrimination on the basis of age, sex, health status and social circumstances of the insured and
- an equalisation fund to compensate insurers' losses because of the risk profile of their portfolio.

As I said during our meeting, I believe that these principles could be justified under Article 54 of the Third Non-Life Insurance Directive, as they appear necessary to ensure the legitimate objectives pursued by the Dutch Government.

(…)”

Het is mijns inziens te gemakkelijk met deze brief in de hand te roepen dat de Landsadvocaat het met zijn advies volledig bij het verkeerde eind heeft gehad. Wat je wel kunt constateren is dat dit advies weinig rekening houdt met de algemene trend in de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de relatie tussen markt en sociale stelsels. Tekenend is bijvoorbeeld dat uitsluitend naar de *Brentjens*-rechtspraak wordt verwezen in het kader van de vraag wanneer sprake is van ondernemerschap in de zin van art. 81 EG.

Aan de principiële overwegingen van dit arrest over de relatie tussen sociale doelstellingen en het mededingingsrecht is voorbij gegaan.³⁰

De brief van Bolkestein is niet meer dan een brief. Deze kan het Hof uiteraard niet binden. Het schrijven wordt ook afgesloten met een heuse "disclaimer". Maar mijn inschatting is toch dat -gegeven de teneur in de recentere jurisprudentie van het Hof- het advies van de Commissaris niet onverantwoord is. Waar het op neer komt is de vraag of het gemeenschapsrecht hybride stelsels wil toestaan op het gebied van de sociale ordening. Mij lijkt dat in verband met het bestaan van allerlei algemeen-belangexcepties, dergelijke stelsels kans van slagen krijgen. Hiermee is niet gezegd dat zij het gemakkelijk hebben in het gemeenschapsrecht. Telkens moeten beperkingen worden verdedigd op hun objectieve noodzaak en proportionaliteit. En in de schermerzone tussen overheidsregulering en marktconcurrentie liggen ook omslagpunten, waarachter een lidstaat zich niet langer op sociale doelstellingen kan beroepen. Maar het is ook weer niet zo dat uit de stand van Europese recht moet worden afgeleid dat sociale doelstellingen enkel in het strikt publieke domein kunnen worden georganiseerd.

4. Commentaar

De hierboven beschreven trend die leidt tot acceptatie van hybride socialezekerheidsstelsels in het Europese Gemeenschapsrecht, is van groot belang voor de toekomst van het socialezekerheidstelsel en het behoud van de sociale waarden die hierin besloten liggen. Veel socialezekerheidsstelsels hebben in oorsprong gemengde privaat-publieke wortels. Wat betreft de ziekenfondsverzekering werden meer dan 40 jaar geleden al verhitte debatten gevoerd of deze als privaat- of als publiekrechtelijk moest worden gekwalificeerd.³¹ De publieke poot van de sociale zekerheid is na de oorlog sterk uitgebouwd, maar tegenwoordig is een tegenovergestelde trend zichtbaar. De overheid wil zelf minder doen aan de sociale zekerheid en meer overlaten aan de collectieve sector (tweede pijler sociale zekerheid) en de particuliere sector (derde pijler sociale zekerheid). Dit is niet alleen in Nederland het geval maar ook in andere Europese landen.³² Het proces van overdracht naar deze sectoren betekent echter nooit dat de overheid de sociale zekerheid helemaal uit zijn handen laat vallen. De staat blijft regulerend optreden. En

³⁰ Misschien werd dit onderwerp te "ongrijpbaar" gevonden om er objectieve uitspraken op te baseren? Het is inderdaad lastig om in een wetenschappelijk verantwoord betoog om te gaan met het vraagstuk van het bredere toetsingsperspectief, maar niet onmogelijk. Een geslaagde poging is gedaan door Cathrine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford, 2000, in een paragraaf getiteld *EC Social policy and the Court of Justice*, 28-36. De auteur concludeert: "It therefore seems that where domestic labour market and more general social regulation collides with European Single Market (de)regulation the Court has shown itself to be least sure-footed. The outcome of the cases is unpredictable, the standards applied are unclear and national labour protection is undermined as a result". Maar dit was niet het eind van de conclusie. De Brentjes-rechtspraak was net gewezen en wellicht zou deze een begin in kunnen luiden van een "rebalance of competing interests". (pagina 36) Op grond van de door mij aangehaalde rechtspraak denk ik dat een dergelijke *rebalance* zich inderdaad heeft voltrokken

³¹ In 1959 had de HR bepaald dat de verplichte verzekering op grond van het Ziekenfondsbesluit 1941 het karakter had van een privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst. Veldkamp en anderen zoals Van Strij van Regt zette bij deze conclusie vraagtekens. G.M.J. Veldkamp, 'Het rechtskarakter van de verplichte ziekenfondsverzekering', *SMA* 1959, 546-549; B.L. van Strij van Regt, 'Het recht van beroep in het ontwerp Ziekenfondswet', *NJB* 1963, 133-139.

³² Zie hierover mijn bijdrage "De publieke taak in het stelsel van sociale zekerheid", in *De publieke taak*, J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), Kluwer, Deventer, 2003, 165-184.

waar als gevolg van beperkende maatregelen burgers buiten de boot vallen, worden voor hen alsnog voorzieningen in het leven geroepen. Op deze wijze wordt het grondrecht van de sociale zekerheid door de overheid minder als een directe eigen verantwoordelijkheid gezien en meer als een eind verantwoordelijkheid.

Stel nu dat het Europese Gemeenschapsrecht minder tolerant had gestaan ten opzichte van hybride sociale stelsels dan tegenwoordig uit de stand van de jurisprudentie (en een brief van een enkele Euro-commissaris) valt af te leiden. Het effect zou zijn dat afgedwongen solidariteit in de tweede en derde pijler ondermijnd zou worden door de vrije marktregulering. Dit is onwenselijk. Evenzeer onwenselijk is het als de sociale zekerheid blijvend tot de klassieke eerste pijler van de zekerheid zou worden veroordeeld. Dit stelsel komt te weinig tegemoet aan de behoefte om de eigen verantwoordelijkheid van de burger sterker te benadrukken, meer vraaggestuurd te werken en keuzemogelijkheden in te voeren, althans dit is de breed gedragen veronderstelling. Het hybride stelsel vormt een alternatief tussen twee uitersten. Dit geldt evenzeer de zorgstelsels. Er moet hier een middenweg kunnen worden bewandeld tussen het *national health* systeem met zijn wachtlijsten en gebrek aan service en het Amerikaanse stelsel waar een onverantwoord percentage de bevolking in de minder gesitueerde klasse onverzekerd is.

Het is al eerder gememoreerd dat hybride sociale stelsels als nadeel hebben dat ze omgeven zijn door Europese rechtsonzekerheid. De uitdaging is om na te gaan hoe deze kan worden ingedamd. Interessante voorstellen zijn gedaan in het recent uitgebrachte proefschrift van Sluijs, getiteld *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*.³³ Er is in dit proefschrift eigenlijk sprake van één these die van verschillende kanten wordt belicht, namelijk dat via de algemeen-belangexceptie de overheid socialezekerheidsbelangen kan reguleren. Over de wijze waarop dit moet gebeuren zijn een aantal aanbevelingen geformuleerd om ervoor te zorgen dat sociale doestellingen *gericht* kunnen worden *geborgd*, zoals:

- Leg de voorwaarden en beginselen inzake diensten van algemeen belang vast in communautaire regelgeving in plaats van de Commissiemededeling Diensten van algemeen belang
- De Commissie dient de algemeen-belangjurisprudentie van het Hof te beschrijven en regelmatig te actualiseren in een mededeling
- In het kader van het vrij dienstenverkeer dient het Hof maatregelen omtrent socialezekerheidsbelangen die verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden voorstaan, te beoordelen als rule-of-reasonexceptie. Indien gewenst kan de communautaire wetgever voor het vrije dienstenverkeer een verdragsexceptie voor deze maatregelen formuleren
- De nationale wetgever dient zowel de socialezekerheidsinstelling en het socialezekerheidsbelang wettelijke te kwalificeren.³⁴

³³ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen*, 2004 (verschijnt in handelseditie in de serie Europese monografieën nr. 75).

³⁴ Een mooi voorbeeld van deze techniek is te vinden in art. 120 van wetsvoorstel voor het nieuwe zorgverzekeringsstelsel, welk artikel luidt: "Een zorgverzekeraar wordt, voor zover deze niet kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van art. 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese

De aanbevelingen van *Sluijs* hebben met elkaar gemeen dat ze een procedureel karakter hebben. De vraag door welke inhoudelijke criteria de rechter zich zou moeten laten leiden bij het toestaan van excepties voor de sociale zekerheid blijft echter onbesproken. Een promovendus kan nu eenmaal niet alles tegelijk ondernemen. Maar toch rijst de vraag wat moet worden verstaan onder sociale zekerheid. Wat zijn sociale zekerheidsbelangen? Welke kenmerken kunnen hiervoor worden ontwikkeld en hoe zou hieraan kunnen worden getoetst? Het is mijn indruk dat het Hof ten aanzien van dit soort vragen nogal de weg kwijt is. Het socialezekerheidsbegrip in de jurisprudentie meandert alle kanten op³⁵, niet alleen omdat het verschilt al naar gelang het instrument dat van toepassing is of telkens weer de nadruk legt op verschillende kenmerken, maar ook omdat de relevantie van bepaalde criteria te wensen overlaat. Zo zie ik niet in waarom bijvoorbeeld vraag of een stelsel gebaseerd op een omslagstelsel of kapitalisatiestelsel geschikt is om het socialezekerheidskoren van het marktkaf te onderscheiden. Mijns inziens is de rechtszekerheid gebaat met consensus over de inhoud van het socialezekerheidsbegrip en kennis van de constituerende kenmerken van het socialezekerheidsstelsels. Dit leidt tot beter inzicht in de vraag welke elementen in de sociale zekerheid tegen de vrije markt beschermd moet worden. Hier ligt een terrein braak voor een groot Europees, multi-disciplinair onderzoek. Maar waarschijnlijk zijn het eerder de socialezekerheidsdeskundigen dan de specialisten in het Europees recht die zich hierdoor aangesproken moeten voelen.

Gemeenschap, voor de toepassing van de Mededingingswet aangemerkt als onderneming in de zin van art. 1 van die wet.”. Aardig is overigens de eerste zinsnede van het artikel. Alsof er twijfel over kan bestaan dat de zorgverzekeraars Europeesrechtelijk *niet* als onderneming moeten worden aangemerkt, maar misschien heeft men wel gedacht dat sinds het AOK-arrest alles mogelijk is.

³⁵Zie hierover onder meer E. Steyger, “De communautaire inhoud van het begrip ‘sociale zekerheid’”, *TvGR* 2002, 80-97.